

Controle de legalidade do ato administrativo e a segurança jurídica: o caso do cancelamento das pensões de filhas solteiras

*Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. O caso do cancelamento das pensões de filhas solteiras; 3. Controle de legalidade dos atos administrativos e segurança jurídica; 3.1. Controle como função; 3.2. Dever de anular e dever de convalidar; 3.2.1. O decurso do tempo como fonte de direitos — legalidade X segurança jurídica; 3.2.1.1. Prazo para exercício da autotutela administrativa; 3.2.2. Necessidade de observância do devido processo legal; 4. Qualquer nulidade pode ser convalidada?; 4.1. Peculiaridades do caso: concessão de pensão à pessoa em razão de seu gênero e estado civil; 5. Conclusão; Referências.

1. Introdução

Atendendo a gentil convite dos nossos coordenadores Luciana Almeida Prado Bresciani e Luis Francisco Aguilar Cortez, decidimos tecer algumas considerações sobre o alcance da competência de autotutela da Administração.

Como mote deste ensaio está o caso da anulação das pensões concedidas a filhas solteiras de policiais militares do Estado de São Paulo pela SPPrev, medida adotada em massa pela autarquia estatal a partir do segundo semestre de 2013, que gerou milhares de ações junto às Varas da Fazenda Pública da Capital.

O tema de fundo tem inúmeras nuances, cada qual a reclamar solução jurídica conforme suas particularidades.

De qualquer modo podemos destacar uma “situação tipo” da avalanche de lides envolvendo a matéria, que servirá de pretexto para desenvolvermos algumas ideias caras ao Direito (administrativo), como a de devido processo legal e a dos deveres de tutela da legalidade e da segurança jurídica pela organização política.

2. O caso do cancelamento das pensões de filhas solteiras

A concessão de pensões às filhas de agentes públicos em razão de seu estado civil é instituto que certamente merecerá seu lugar em nossa história de idiossincrasias e de desafios na busca de superação de um modelo burocrático disfuncional.²

¹ Mestre e Doutorando em Direito do Estado. Professor assistente da Escola Paulista da Magistratura. Pesquisador vinculado ao CEDAU.

² O tema foi objeto de recente matéria na mídia nacional, retratando pensionistas da alta sociedade brasileira, algumas com filhos, mas que não contraíram núpcias de modo tradicional com seus parceiros, razão pela qual permaneceram na folha de pagamento do erário. Embora sob as lentes do século XXI seja difícil encontrar vozes entusiasmadas na defesa de tal tipo de benefício, fica a curiosidade sobre as razões que levaram determinadas classes de servidores a ter incluído em seu estatuto

No âmbito da Polícia Militar do Estado de São Paulo, o benefício era previsto no inciso III do art. 8º da Lei estadual nº 452/1974,³ que teria tido vigência até o advento da Lei nº 9.717/1998,⁴ contudo a Administração só teria se dado conta de tal fato em 2014,⁵ quando resolveu, do dia para a noite, suspender cautelarmente os benefícios concedidos a tal título para milhares de beneficiárias da Caixa.

No momento em que finalmente os agentes do Estado se deram conta de que há anos vinham concedendo pensões sem amparo legal,⁶ estes passaram, imagina-se que seguindo orientação superior, a obstar os referidos pagamentos “cautelaramente”, sem ao menos ouvir as pessoas afetadas pela medida.

Em decorrência da “presteza” da Administração na tutela do interesse público, mulheres que há décadas contavam com tal verba de caráter alimentar para prover suas subsistências, algumas a essa altura já idosas, foram surpreendidas pela decisão unilateral do Estado de cancelar tais pagamentos.

3. Controle de legalidade dos atos administrativos e segurança jurídica

O fato de a Administração ser regida pela lei implica a necessidade de controle⁷ eficaz para que o exercício da atividade estatal não se afaste dos ditames previstos em tal tipo normativo.

funcional a referida benesse, bem como se em outras democracias ocidentais há (ou houve) previsões normativas análogas. A respeito do fenômeno e de seu custo no Brasil, ver texto assinado por Raphael Gomide, datado 19/11/2013, publicado na revista Época. Disponível em: <<https://glo.bo/JIO01Y>>. Acesso em: 3 fev. 2016.

³ Art. 8º da Lei estadual nº 452/74 – “São beneficiários obrigatórios (do regime previdenciário): I – o cônjuge sobrevivente; II – os filhos varões, menores de 21 anos ou, se estiverem frequentando curso de nível superior, menores de 25 anos, bem assim os inválidos; III – as filhas solteiras, menores de 25 anos, ou inválidas”. Disponível em: <<https://bit.ly/2Eh5ZNp>>. Acesso em: 3 fev. 2016.

⁴ Art. 5º da Lei nº 9.717/98 – “Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal”. De qualquer modo é importante registrar a existência de entendimento jurisprudencial no sentido de que só após a LC estadual 1.013/07 é que não mais estaria vigente a hipótese de concessão de pensão à filha solteira no Estado de São Paulo, já que os benefícios previdenciários instituídos antes do advento da Emenda Constitucional nº 41/2003 teriam sido ressaltados pelos respectivos termos. A respeito, ver, por exemplo, passagem do voto do Des. Paulo Dimas Mascaretti na Apelação nº 0000109-98.2013.8.26.0053 – Voto nº 21.661, data do julgamento 12/08/2015, p. 17-18.

⁵ Embora a decisão da Administração em cumprir o art. 5º da Lei 9.717/98 tenha se dado só a partir de 2013, desde a LC estadual 1.013/07 o art. 8º da Lei estadual nº 452/74 já tinha tido sua redação alterada para suprimir as filhas solteiras do respectivo rol de beneficiários de pensão. Confira-se a nova redação do art. 8º – “São dependentes do militar, para fins de recebimento de pensão: I – o cônjuge ou o companheiro ou companheira, na constância, respectivamente, do casamento ou da união estável; II – os filhos, de qualquer condição ou sexo, de idade igual à prevista na legislação do regime geral da previdência social e não emancipados, bem como os inválidos para o trabalho e os incapazes civilmente, esses dois últimos desde que comprovadamente vivam sob dependência econômica do militar; III – os pais, desde que comprovadamente vivam sob dependência econômica do militar, e não existam dependentes das classes mencionadas nos incisos I ou II deste artigo, ressaltado o disposto no parágrafo § 3º deste artigo”. Disponível em: <<https://bit.ly/2zKot5e>>. Acesso em: 3 fev. 2016.

⁶ Para o que talvez tenha contribuído a falta de lógica do sistema de consulta de legislação vigente no Estado de São Paulo, que, diferentemente do adotado pela União, em regra não apresenta seus textos normativos consolidados com as alterações que lhe foram feitas pelas leis subsequentes, destacando as passagens revogadas. Essa dificuldade de acesso ao texto da lei válido certamente é um sério obstáculo para a concretização do Estado de Direito entre nós, que obviamente pressupõe que haja um esforço do Poder Público em dar conhecimento aos destinatários da norma (cidadãos e servidores) quanto ao seu exato teor. Para que se tenha precisa noção do que estamos tratando, vide Lei Nº 452/1974. Disponível em: <<https://bit.ly/2QIVsQS>>. Acesso em: 3 fev. 2016.

⁷ O controle administrativo, nas palavras de Hely Lopes Meirelles, é “todo aquele que o Executivo e os órgãos de administração dos demais Poderes exercem sobre suas próprias atividades, visando mantê-las dentro da lei, segundo as

Esse controle pode ser feito tanto no âmbito do próprio órgão público executor da função (autotutela) como por órgão diverso deste (heterotutela).

Em ambos os casos, contudo, é fundamental ter-se em mente que o Poder Público não está vinculado apenas ao quanto previsto no texto expresso da lei parlamentar, mas também ao Direito como um todo,⁸ criação do espírito humano que dá forma ao que chamamos de Estado (que, não é demais lembrar, também não pertence ao mundo fenomênico),⁹ regulando seu funcionamento a partir da ação das pessoas que recebem de seus semelhantes a atribuição de gerir o bem comum.

3.1. Controle como função

Se a atividade do Estado é instrumental para criar/manter as condições indispensáveis para vida digna das pessoas em sociedade,¹⁰ o controle, enquanto parte daquela, também não pode ser tido como um fim em si mesmo, devendo sempre preocupar-se com seus reflexos no resultado a ser alcançado pela intervenção do Poder Público na realidade.

O controle de legalidade do ato administrativo, assim, não pode ser indiferente a suas repercussões danosas na esfera jurídica dos destinatários da ação estatal, bem como não pode ter fim único aquele que igualmente não pode ser o primeiro norte da ação governamental: a satisfação de interesses meramente econômicos dos gestores da vida em comum.¹¹

necessidades do serviço e as exigências técnicas ou econômicas de sua realização, pelo que é um controle de legalidade e de mérito. Sob ambos esses aspectos pode e deve operar-se o controle administrativo para que a atividade pública em geral se realize com legitimidade e eficiência, atingindo a sua finalidade plena que é a satisfação das necessidades coletivas e atendimento dos direitos individuais dos administrados" (MEIRELLES, 1990, p. 566). Como se vê, o controle a cargo da Administração vai além da mera aferição de compatibilidade de certo ato com a lei, correspondendo à fiscalização de cumprimento pelo Estado dos fins que justificam sua própria existência. Ainda voltaremos ao ponto no corpo deste estudo.

⁸ Sobre a vinculação da Administração ao Direito, e não só à lei, vale lembrar os dizeres da Declaração de Direitos de 1789, segundo a qual passou a ser reconhecido como finalidade de toda organização política a defesa dos direitos inerentes, e portanto inalienáveis e imprescritíveis, do ser humano (art. 2º). Nestes termos, tem-se que a atividade administrativa é serva da proteção dos direitos das pessoas, que necessariamente vão além de sua conformação meramente legal, refletindo anseios transcendentais de justiça nas relações estabelecidas entre os membros de uma comunidade, de acordo com a representação que estes têm de uma ordem socioeconômica ideal. Dentre a miríade de autores que trataram da vinculação da organização política aos direitos fundamentais, ver, entre nós, os estudos de Ingo Wolfgang Sarlet (2006) e de Gustavo Binenbojm (2008). Nossa visão sobre o tema pode ser consultada em *Vinculação da Administração à Constituição — alguns apontamentos sobre o alcance do dever constitucional de o Estado garantir os serviços públicos de saúde* (2015).

⁹ O Estado, criação do Direito, não tem existência corpórea. Procurando definir o Estado quanto a aspectos sensíveis de sua presença entre nós, poderíamos chamá-lo de uma forma de colaboração entre os indivíduos fundada na divisão política entre governantes e governados. E essa forma de colaboração dá-se não só com base na lei parlamentar, como com fundamento no ordenamento jurídico como um todo, que abarca ainda a Constituição, os princípios gerais do Direito, costume e doutrina.

¹⁰ Questionando a adequação do regime de liberdade perante a lei garantida ao particular como pauta adequada para atuação da Administração, assim pontua Gustavo Binenbojm (2008, p. 140): "Para o Estado, contudo, tal ideia (da vinculação negativa à lei) mostra-se inadequada, já que aquele não existe como fim em si mesmo, mas como um instrumento erigido democraticamente, por intermédio do direito, para realizar as finalidades que lhe foram dadas pela sociedade política".

¹¹ Sobre a importância do adequado funcionamento do controle para o bom desenvolvimento da atividade administrativa conferir Conti e Carvalho, (2011), Medauar (2014) e Schirato, (2015).

3.2. Dever de anular e dever de convalidar

No controle de legalidade de um ato administrativo há basicamente quatro desfechos possíveis: o ato pode ser anulado (com ou sem efeitos retroativos) ou então mantido (caso seja possível sanar o respectivo vício ou em razão do decurso do prazo decadencial para a medida corretiva).

Importante sob tal aspecto, a desmistificação quanto à suposta necessidade de um ato ilegal ser sempre anulado pela autoridade, independentemente de quão trágicas possam ser as consequências da medida para a coletividade.¹²

Evidente que, em princípio, um ato que ofenda um texto de lei deve ser retirado do mundo jurídico, até para que se prestigie a higidez do conjunto de regras que disciplinam a vida em comum, evitando-se, assim, novas violações a seus termos.

Há situações, contudo, em que terceiros que não concorreram para a ilicitude podem ser gravemente atingidos pela anulação do ato ou então nas quais não faz mais sentido a alteração de uma realidade fática que, após o decurso de vários anos, consolidou-se.

3.2.1. O decurso do tempo como fonte de direitos — legalidade x segurança jurídica

Uma discussão sempre instigante está na postura a ser adotada pelo Poder Público ao se deparar com dados da realidade em descompasso com a lei parlamentar.

Por mais que haja um esforço para compreender os fatos no mundo jurídico, a dinâmica própria das vidas das pessoas por vezes teima em se desenvolver à margem das normas aprovadas pelas casas legislativas.

As razões para tanto são diversas, e foge ao estreito propósito deste ensaio sondá-las.¹³

O que nos preocupa neste espaço, como pressuposto para análise da juridicidade da atividade de autotutela da Administração no cancelamento das pensões que vinham sendo pagas para as filhas solteiras de policiais militares, é o seguinte: assumindo que houve ilegalidade na concessão do benefício, seja a partir da promulgação da Lei federal nº 9.717/1998 ou da Lei complementar estadual nº 1.013/2007, o controle do ato deverá redundar inexoravelmente em sua anulação?

¹² A respeito, observe-se como Vitor Rhein Schirato define autotutela: “A autotutela da Administração Pública é a capacidade de que ela goza de corrigir os vícios de seus próprios atos, seja por meio da anulação (retirada dos efeitos do ato viciado), seja por meio da convalidação (correção dos vícios com preservação dos efeitos do ato)” (2015, p. 33). No mesmo sentido, aliás, prescreve o direito positivo. Confira-se, a respeito, o teor do art. 55 da Lei 9.784/99: “Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”. Sobre o dever (e não meramente faculdade) de convalidação, quando possível o saneamento do vício e conformidade com interesses públicos e privados envolvidos, ver ainda o arts. 10 e 11 da Lei nº 10.177/1998 do estado de São Paulo.

¹³ Nesse espaço nos parece importante apenas destacar que além de situações em que a violação da lei seja motivada pela vontade de alguns indivíduos obterem para si vantagens indevidas, há outras, mais complexas, em que a desproporcionalidade dos respectivos termos pode levar a sua completa inaplicabilidade. Como exemplo deste último caso, podemos citar a lei do Município de São Paulo que exigia dois exames médicos anuais para os frequentadores de academia (art. 2º da Lei nº 15.527/2012, que pode ser consultado em <<https://bit.ly/2G2oua5>>. Acesso em: 5 fev. 2016). A referida disciplina (que só cessou para a prática de atividades físicas amadoras com sua revogação pela Lei municipal nº 15.681/2013) levava à seguinte perplexidade: o médico que acompanhava o paciente indicava retorno anual para renovação de exames. A lei determinava que este voltasse a cada seis meses para consulta, independente da sobrecarga desnecessária aos serviços de saúde e dos custos respectivos.

A resposta é negativa e a nosso ver não sob a ótica do direito adquirido, que nos parece questionável em uma situação em que não havia amparo legal para deferimento do benefício previdenciário.

A preservação eventual dos efeitos do ato nulo decorreria da necessidade de se prestigiar, em dada situação concreta, expectativas legítimas das pensionistas em continuar auferindo a verba alimentar sob exame, ao menos durante algum tempo de adaptação após a extinção de pensão.

Desdobramento do postulado da segurança jurídica, um dos valores fundamentais a ser perseguido pela disciplina da vida social na forma do Direito, ao indivíduo é dado confiar na legitimidade da atuação do Estado e na manutenção (ao menos a médio prazo) do quadro normativo com base no qual faz escolhas para satisfação de seus interesses.¹⁴

Logo, a decisão de cancelamento de um ato favorável ao administrado, anos após sua prática, não pode, a nosso ver, dar-se ao arrepio de considerações de tal ordem, que, sob certas circunstâncias, faria emergir em prol do particular direito quanto à tutela da posição jurídica que até então lhe era assegurada.

3.2.1.1. Prazo para o exercício da autotutela administrativa

A Lei de processo administrativo federal prevê o lapso dentro do qual a autoridade é competente para anular ato favorável ao administrado, desde que este não tenha concorrido com má fé para sua prática.

A respeito, confira-se a redação do art. 54 da Lei 9.784/1999:

Art. 54 – O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em 5 anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

¹⁴ “A proteção da confiança diz respeito à preservação de direitos e expectativas de particulares ante as alterações inopinadas de normas e orientações administrativas que, mesmo legais, são de tal modo abruptas ou radicais que suas consequências revelam-se desastrosas; também se refere à realização de promessas ou compromissos aventados pela Administração, que geram esperanças fundadas no seu cumprimento” (MEDAUAR, 2014, p. 152). A ideia da tutela da confiança nas relações travadas entre Administração e particular encontra desenvolvimento relativamente recente na nossa doutrina e jurisprudência, que em alguma medida inspiram-se em soluções dadas pela Corte Constitucional alemã envolvendo a matéria. No direito anglo-saxão são comuns as referências à proteção das expectativas legítimas dos administrados (*legitimate expectations*) como limite ao exercício do poder discricionário pela autoridade. Apesar das peculiaridades próprias da *Common Law*, pode-se ver que as ponderações feitas naquele sistema são bastante próximas das tecidas por aqui quanto à necessidade de se resguardar a aptidão de cada um planejar sua vida (o que depende de um quadro legal estável). Também se fala na defesa, em certo grau, da posição jurídica dos particulares quando a alteração da conduta da Administração ou das regras vigentes violar a confiança (*reliance and trust*) e justiça (*fairness*) que se espera na atuação do Poder Público, ou então a isonomia (*equality*) que deve haver no tratamento dos diversos cidadãos com o mesmo interesse (CRAIG, 2008, p. 647 et seq.). Dentre nossos autores que trataram o tema com mais vagar, imprescindível a consulta à obra de Almiro do Couto e Silva que, em seu *Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional*, traz três reflexões sobre a matéria (2015). No que se refere aos desafios do controle judicial à vista dos fatos consumados, sob uma perspectiva da Corte Constitucional, Robinson Fernandes (2015) traz abordagem de algumas das polêmicas mais atuais envolvendo a tensão entre controle da constituição positivada e o valor segurança jurídica.

Na situação sob exame, contudo, temos que o ato impugnado fora praticado no âmbito do Estado de São Paulo, cuja Lei de processo administrativo prevê o prazo de 10 anos para exercício da autotutela pelo ente público (art. 10, inciso I da Lei estadual 10.177/1998).¹⁵

Sem entrarmos na celeuma sobre eventual imprescritibilidade do ato nulo praticado com má fé pelo particular, imaginamos haver razões bastantes para supor que as filhas solteiras não tinham conhecimento da ausência de amparo legal para o pleito de pensão formulado perante a Caixa de Previdência da Polícia Militar.¹⁶

Assim, resta saber se o Estado de São Paulo teria 5 ou 10 anos para anular o ato sob exame.

Apesar da divergência existente sobre o tema,¹⁷ entendemos que **o prazo a ser aplicado para fins de autotutela da Administração é o de 5 anos**, o mesmo previsto para particulares pretenderem a condenação desta nos termos do que prevê o art. 1º do Decreto nº 20.910/1932.¹⁸

Por razões de isonomia com o cidadão quanto ao ponto,¹⁹ bem como de paralelismo com a legislação federal sobre a mesma prerrogativa,²⁰ defendemos o prazo decadencial mais estreito para estabilização dos atos administrativos favoráveis ao cidadão que age de boa fé, medida, aliás, consentânea com o primado da segurança jurídica.

3.2.2. Necessidade de observância do devido processo legal

Respeitado o prazo de cinco anos para revisão da pensão concedida ilegalmente, o seu controle pela Administração não só pode como deve ser feito, observando, contudo, os ditames do devido processo legal.

¹⁵ Segue a redação do art. 10 da Lei estadual nº 10.177/98 — “A Administração anulará seus atos inválidos, de ofício ou por provocação de pessoa interessada, salvo quando: I — ultrapassado o prazo de 10 (dez) anos contado de sua produção; II — da irregularidade não resultar qualquer prejuízo; III — forem passíveis de convalidação”. Disponível em: <<https://bit.ly/2RJYtOt>>. Acesso em: 5 fev. 2016.

¹⁶ Ora, se nem os servidores cuja missão era diariamente avaliar a compatibilidade dos pedidos de pensão com a legislação aplicável ao caso sabiam da revogação de tal hipótese de cabimento para o benefício previdenciário, é difícil acreditar que o cidadão comum tivesse tal conhecimento.

¹⁷ O prazo vigente para Administração do Estado de São Paulo realizar a autotutela é matéria que ainda não está pacificada no Tribunal de Justiça. Analisando a mesma questão do cancelamento de pensões de filhas solteiras há julgados recentes nos dois sentidos. A favor do prazo de 5 anos, ver Apelação nº 0020235-55.2013.8.26.0053, julgada em 20/08/2014 pela 13ª Câmara de Direito Público, Des. Rel. Djalma Lofrano Filho. A favor do prazo de 10 anos, ver Apelação nº 0000109-98.2013.8.26.0053, julgada em 12/08/2015 pela 8ª Câmara de Direito Público, Des. Rel. Paulo Dimas Mascaretti.

¹⁸ Art. 1º do Decreto federal 20.910/32 prevê: “As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem”.

¹⁹ Embora pensemos que o tema ainda mereça uma reflexão mais aprofundada no direito pátrio, sentimos que qualquer prerrogativa a ser atribuída ao exercício da função pública em condições diferentes das faculdades análogas conferidas ao particular deva fundar-se em justificativa racional, ou seja, ser efetivamente necessária para o bom desenvolvimento das tarefas estatais (MESCHERIKOFF, 1990, p. 376), cuja finalidade precípua nunca pode ser a defesa exclusiva dos interesses patrimoniais imediatos do erário, como ainda sói acontecer em nosso país. No que se refere à possibilidade de pretender-se judicial ou administrativamente a anulação de um ato, não vemos o porquê de ser garantido ao Estado o dobro do prazo previsto para o indivíduo com o mesmo objetivo, dado que ainda implica grave prejuízo às ideias de segurança e de estabilidade das relações que devem pautar a intervenção do Poder Público na esfera de liberdade das pessoas.

²⁰ Haveria justificativa racional para se conferir ao Estado de São Paulo, tido como o mais rico da Federação, prazo superior ao previsto para a União realizar a autotutela de seus atos? Note-se que a União tem um território significativamente maior que o do Estado de São Paulo, o que ainda lhe traz maiores desafios quanto à presteza no exercício da mesma função de controle.

Isso é o que prevê a Constituição,²¹ com ressonância na doutrina²² e na jurisprudência,²³ mas que, contudo, continua a ser solenemente ignorado pelo governo do Estado de São Paulo.

Como já referido ao expormos o caso ora examinado, ao perceber que há anos estavam sendo concedidas pensões para filhas solteiras de policiais militares sem amparo na legislação aplicável à espécie, a autoridade responsável pelos desembolsos viu urgência em se suspender todos os pagamentos feitos a tal título sem prévia oitiva das pessoas diretamente afetadas pelo comando.

Seria essa postura adequada para uma Administração que no exercício do poder que lhe é conferido pela população paute-se pelo devido processo legal, esteja atenta aos direitos e às expectativas dos destinatários de sua ação, enfim, que se preocupe em ser um espaço de realização de justiça (e não apenas de arrecadação de tributos)?

Apesar de o Estado pretender amparar sua conduta no quanto previsto pelo art. 60 da Lei estadual nº 10.177/1998²⁴ (Lei de processo administrativo estadual), considerando que este não está sujeito só à observância desse dispositivo singular, como à ordem jurídica global vigente em nosso país, entendemos que a suspensão cautelar da pensão sem a oitiva da pessoa diretamente afetada por tal ato é medida eivada de inconstitucionalidade.²⁵

²¹ Confira-se a redação dos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição da República: LIV — “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; LV — “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

²² Ainda que não houvesse previsão expressa na Carta Política quanto à necessidade de observância de regras pré-estabelecidas para o exercício da função administrativa, tanto decorre da própria ideia de Estado de Direito que tenha por fundamento a proteção de direitos das pessoas, para o que é imprescindível que lhes sejam garantidas a ampla defesa e o contraditório sempre que a atuação estatal possa lhes acarretar prejuízo. Sobre o tema ver minucioso estudo de Odete Medauar denominado *A Processualidade no Direito Administrativo* (2008).

²³ “ATO ADMINISTRATIVO — REPERCUSSÕES — PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE — SITUAÇÃO CONSTITUÍDA — INTERESSES CONTRAPOSTOS — ANULAÇÃO — CONTRADITÓRIO. Tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum à Administração e ao particular” (STF — 2ª Turma — Min. Rel. Marco Aurélio — RE nº 158543-RS — data do julgamento 30/08/1994).

²⁴ Art. 60 da Lei estadual nº 10.177/98 — “No curso de procedimento de invalidação (de ato ou contrato administrativo), a autoridade poderá, de ofício ou em face de requerimento, suspender a execução do ato ou contrato, para evitar prejuízos de reparação onerosa ou impossível”.

²⁵ Inobstante previsão legal de suspensão cautelar de verba alimentar já tenha sido julgada inconstitucional pelo órgão especial do Tribunal de Justiça, nada remove a Administração de continuar fazendo uso do instituto. Exemplificando o quanto afirmado: “Apelação e reexame necessário — Mandado de Segurança — Servidora pública estadual presa em flagrante preventivamente — Pedido de restabelecimento do pagamento da remuneração da impetrante — Sentença de concessão da ordem — Inconformismo — Suspensão do pagamento baseada no art. 70 da Lei Estadual nº 10.261/68, com a redação dada pela Lei Complementar Estadual nº 1.012/07 — Dispositivo legal que foi declarado inconstitucional pelo C. Órgão Especial deste E. Tribunal, que entendeu haver ofensa aos princípios da não-culpabilidade e da irredutibilidade dos vencimentos dos servidores públicos (arts. 5º, LVII e 37, XV, da CRFB) — Posicionamento respaldado pela jurisprudência do E. STF — Aplicação da Lei Federal nº 11.960/09, nos termos do quanto decidido pelo Pretório Excelso — Recurso e reexame necessário desprovidos, com observação” (TJSP — 13ª Câmara de Direito Público — Des. Rel. Souza Meirelles — Apelação nº 0027901-27.2013.8.26.0053 — data do julgamento 21/10/2015). A Lei estadual nº 10.261/68 é o estatuto dos servidores do Estado de São Paulo e esse artigo 70 foi recentemente alterado (LC nº 1012/2007) não para conformá-la à ordem constitucional vigente (antes ele previa suspensão de 1/3 da remuneração do servidor preso provisoriamente), mas para afrontá-la de forma mais patente (agora é prevista a suspensão total de sua remuneração em tal circunstância), o que, aliado à renitência da Administração em observar a jurisprudência consolidada pelo Judiciário sobre o tema, ilustra bem como ainda precisamos evoluir em busca de uma ordem política cujo norte seja a tutela de direitos das pessoas (e não a defesa inconsequente de suas próprias “prerrogativas”). Para ver o texto da norma, que surpreendentemente parece estar consolidado com suas alterações (o que deveria ser a regra no repositório virtual das leis de todos os entes federativos), ver: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1968/alteracao-lei-10261-28.10.1968.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

Sobre a impossibilidade de suspensão cautelar de pensão sob pretexto de ilegalidade, aliás, confira-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça:

Mandado de segurança – Suspensão do pagamento de pensão por morte – Ato da Administração Pública que não atendeu aos princípios do contraditório e da ampla defesa – Ilegalidade do ato – Sentença que concedeu a segurança mantida. Nega-se provimento ao recurso (TJSP – 3ª Câmara de Direito Público – Des. Rel. Marrey Unt – Apelação nº 0014903-32.2010.8.26.0053 – data do julgamento 28/05/13).

4. Qualquer nulidade pode ser convalidada?

Certamente essa é uma pergunta que ainda merece uma investigação mais aprofundada pelos estudiosos do Direito (e não singelamente da lei parlamentar, vale dizer).

Foge do nosso escopo na discussão sobre o cancelamento das pensões das filhas solteiras dos policiais militares maiores divagações sobre as diferenças normalmente apontadas pela doutrina para os atos inexistentes, nulos e anuláveis,²⁶ bem como acerca do tratamento a ser dado aos seus efeitos na realidade (alguns dos quais, acreditamos, inevitáveis, apesar dos esforços da argumentação jurídica em sentido contrário).

De qualquer forma, parece-nos lugar relativamente seguro a afirmação de que nem todo vício do ato administrativo tem o mesmo grau de intensidade, o que justificaria resposta adequada às particularidades do caso pelo órgão de controle, buscando-se, sempre quando possível, a sua convalidação (em homenagem à proteção do que já existe, tema caro ao direito tedesco).²⁷

Ultrapassado o lapso para a autotutela administrativa, o ato ilícito, ainda que produza efeitos atuais, é inexoravelmente insindicável pelo Estado (Administração ou Judiciário)?

Na análise de algumas dezenas de lides envolvendo o tema sob exame (seja propostas pela SPPrev para cancelar benefícios após o decurso de prazo decadencial, seja pelas filhas solteiras para o restabelecimento de suas pensões cassadas extrajudicialmente), após alguns meses de reflexão, nosso entendimento foi no sentido de ser possível, desde que autorizada judicialmente, a reavaliação da matéria (com efeitos obviamente para o futuro).

Explicamos o porquê.

4.1. Peculiaridades do caso: concessão de pensão à pessoa em razão de seu gênero e estado civil

Imaginemos um caso em que a pensão fora concedida há mais de 5 anos, lapso que, a nosso ver, é o aplicável para o exercício da autotutela pela Administração (em todas as suas esferas de governo).

A SPPrev propõe demanda para cancelamento judicial do benefício.

²⁶ Ilustrando o ponto, sobre a diferença entre nulo e anulável com base no critério da repetibilidade do ato administrativo sem vício ver Mello (2013, p. 469 et seq.).

²⁷ Tecemos algumas considerações a respeito, no âmbito do direito urbanístico, em nosso *A Alteração dos Planos Urbanísticos e o Direito de Propriedade* (2014, p. 255 et seq.).

Segundo o raciocínio exposto, pois, não haveria como o Estado pretender a anulação do ato.

Pensamos que as circunstâncias da situação posta, contudo, exigem solução diversa.

Não estando a “filha solteira” no rol dos beneficiários previsto no art. 16 da Lei nº 8.213/1991,²⁸ tem-se que a outorga de pensão a tal título violou o quanto estabelecido pelo art. 5º da Lei nº 9.717/1998, que, na forma do §4º do art. 24 da Constituição,²⁹ suspendeu a eficácia do inciso III do art. 8º da Lei estadual nº 452/1974.

Além disso, registre-se que tal benefício não tem caráter vitalício, devendo ser pago enquanto a beneficiária não contraia núpcias ou estabeleça união estável com alguém.

Considerando que a própria razão de ser da pensão é a presunção (idade) ou prova (perícia) de incapacidade laboral por parte de sua beneficiária,³⁰ como não há em determinado processo qualquer dado indicativo de tal impossibilidade, entendemos que a nulidade ocorrida na concessão do benefício não pode ser convalidada.

A própria presunção prevista no inciso III do art. 8º da Lei estadual nº 452/1974, fruto do pensamento dominante de seu tempo, era a de que a mulher deveria ter sua subsistência provida por seu esposo, de modo que, se esta não casasse (ou vivesse em concubinato), entendia-se que ficaria em situação de dependência econômica com relação a seu pai.

Como é de conhecimento geral, tal presunção há muito tempo não mais corresponde à realidade, sendo efetiva a integração da mulher no mercado de trabalho nas mais diversas áreas, de modo que veio tarde a revogação da previsão legal em questão, aliás de duvidosa constitucionalidade sob o prisma da isonomia entre os sexos consagrada no inciso I do art. 5º da Carta Política.

Nesta ordem de ideias, embora tenhamos proferido decisões pela possibilidade de convalidação de atos concessivos de pensão praticados em desconformidade com o art. 5º da Lei nº 9.717/1998 quando, ultrapassado o lapso de 5 anos para sua revisão, seu beneficiário não possa, por seus próprios meios, garantir seu sustento, quando a pessoa favorecida não padece de qualquer incapacidade, a solução, a nosso ver, deve ser distinta.

Isso já que, a nosso sentir, o prazo de decadência previsto para a Administração invalidar seus próprios atos não pode ser aplicado sem qualquer consideração acerca do tipo de nulidade que os macula.

No caso concreto tem-se um ato nulo (concessão de pensão contrariando o art. 5º da Lei nº 9.717/1998), sujeito à condição resolutiva (produz efeitos até que cesse a dependência econômica de sua destinatária), mas cuja justa causa (presunção de hipossuficiência)

²⁸ Art. 16 da Lei 8.213/1991 – “São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; II – os pais; III – o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente” (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011).

²⁹ § 4º do art. 24 da CR – “A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário”.

³⁰ Nesse ponto nos baseamos em uma visão sobre o benefício previdenciário que vai além do que prevê o direito positivo que, no caso, redundava em uma situação que nos parece inaceitável sob o prisma jurídico: milhares de jovens com 30 e poucos anos, plenamente aptas ao trabalho, cujos benefícios foram concedidos ilegalmente, com a perspectiva de receberem remuneração equivalente à aposentadoria de um servidor da ativa (concedida normalmente após 35 anos de serviços prestados ao Estado) por 50 anos ou mais (considerando o contínuo aumento de expectativa de vida da população brasileira).

não mais subsiste (em não havendo qualquer elemento quanto à impossibilidade de a pensionista prover seu sustento desempenhando atividade produtiva).

Note-se que, à época do falecimento do pai da pensionista, esta poderia ter sido considerada dependente do segurado caso fosse incapaz, mas não em razão do seu estado civil.

Como não há dados pela inaptidão laboral (note-se que inclusive muitas mulheres em tal situação têm carreira própria, o que, diga-se, não surpreende em pleno século XXI), conclui-se pela impossibilidade de convalidação do ato ilegal nos termos em que expedido.

Ainda quanto à incapacidade, se houver tal alegação no presente, sendo impossível fazer tal avaliação com base nos elementos existentes quando do falecimento do servidor, tem-se que tal exame deve ser feito de acordo com a situação atual da pensionista.

Observamos que o exame de aptidão laboral segundo a realidade hoje existente também resguarda a hipótese de a beneficiária ser capaz quando da concessão do benefício, mas ter ficado incapaz posteriormente, circunstância que a impediria de absorver o abalo econômico decorrente do cancelamento de benefício já recebido há vários anos.

Perante tal quadro, nossa solução foi pela possibilidade de a SPPrev instaurar procedimento administrativo regular dirigido a aferir se há incapacidade de a titular do benefício prover sua subsistência por seus próprios meios, sendo que a pensão só poderá ser cancelada após a conclusão definitiva a respeito pela autoridade competente.

5. Conclusão

Neste ensaio compartilhamos com o leitor nossa visão sobre um caso concreto (“de massa”) com o qual nos deparamos no exercício da judicatura.

Apesar de o enorme volume de demandas diariamente submetidas à apreciação dos juízes do país ser um desafio para a adequada reflexão sobre temas de suma importância para a cidadania, com relação à anulação das pensões concedidas às filhas solteiras de policiais militares ousamos ir além de uma resposta que singelamente consagrasse ou não a prerrogativa de a Administração rever seu ato ilegal, sendo que, nessa oportunidade, desenvolvemos um pouco mais nosso raciocínio acerca da matéria.

Se nos fosse demandado, em tese, qual seria a melhor solução a ser dada para a cessação desses benefícios que foram concedidos, a nosso ver, à revelia da legislação vigente quando do óbito dos instituidores (quando este se deu após 1998), imaginamos que, quando ultrapassado o prazo decadencial de 5 anos para a autotutela, seria adequada, desde que autorizada judicialmente, a extinção gradual dessas pensões, dando-se tempo e oportunidade para as respectivas beneficiárias preparem-se para a nova realidade.

Nos limites dentro dos quais fomos chamados a nos pronunciar sobre o tema, contudo, nosso esforço foi no sentido de buscar uma solução que contemplasse a gravidade do vício do ato administrativo nulo e de suas consequências no porvir (possibilidade de pagamento de benefícios ao longo de décadas a pessoas em sua plena aptidão para a vida produtiva), bem como o fato de algumas destas beneficiárias atualmente já não terem mais condições de prover sua própria subsistência via inserção no mercado de trabalho.

Referências

- CONTI, José Maurício; CARVALHO, André Castro. O controle interno da Administração Pública brasileira — qualidade do gasto público e responsabilidade fiscal. *Direito Público*, [S.l.], v. 8, n. 37, p. 201-220, abr. 2012.
- CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. A alteração dos planos urbanísticos e o direito de propriedade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 2, n. 5-6, p. 251-266, mai.-jun. 2014.
- _____. Vinculação da Administração à Constituição — alguns apontamentos sobre o alcance do dever constitucional de o Estado garantir os serviços públicos de saúde. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, v. 16, n. 40, p. 9-20, abr.-jun. 2015.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo — direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- FERNANDES, Robinson. *Controle de constitucionalidade e fato consumado*. Jundiaí: Paco, 2015.
- MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. *Direito administrativo moderno*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. *Controle da administração pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MESCHERIAKOFF, A. S. Légalité, efficacité, équité, les avatars de la légitimité administrative: le cas français. *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Bruxelles, v. 56, n. 2, p. 359-381, 1990.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. O controle interno da Administração Pública e seus mecanismos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 956, n. 104, p. 25-50, jun. 2015.
- SILVA, Almiro do Couto e. *Conceitos fundamentais do direito no Estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.